

# VU Research Portal

## Case note: Hoge Raad (Voordeeltberekening en de motivering van de ontnemingsuitspraak)

Borgers, M.J.

2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J., (2013). *Case note: Hoge Raad (Voordeeltberekening en de motivering van de ontnemingsuitspraak)*, No. 544, Mar 26, 2013. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2013).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## Annotatie NJ 2013, 544

*HR 26 maart 2013, nr. 10/03319 P, HR 9 april 2013, nr. 09/03778 P, HR 4 juni 2013, nr. 11/05174 P en HR 11 juni 2013, nr. 11/00738 P*

M.J. Borgers

1. In het dossier van vrijwel elke ontnemingszaak bevindt zich een berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Vaak is die berekening opgenomen in een financieel rapport. Dat rapport is gegoten in de vorm van een (op ambtseed opgemaakt) proces-verbaal, waarin een opsporingsambtenaar – veelal een financieel rechercheur – op basis van het vergaarde onderzoeksmateriaal uiteenzet op welk bedrag het voordeel kan worden geschat. Dit proces-verbaal mag niet worden beschouwd als een proces-verbaal in de zin van artikel 344 lid 1, onder 2, Sv, omdat de opsporingsambtenaar geen verslag doet van feiten of omstandigheden, door hem zelf waargenomen of ondervonden. Wel kan het rapport worden geschaard onder de categorie ‘alle andere geschriften’, als bedoeld in artikel 344 lid 1, onder 5, Sv (HR 22 februari 2000, *NJ* 2000/298).

2. Vloeit hieruit voort dat de rechter de schatting van het voordeel mag aannemen uitsluitend op grond van het financieel rapport? Blijkens artikel 511f Sv kan de rechter de schatting van het voordeel ‘slechts ontleenen aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen’. In het oog springt dat hier de meervoudsvorm wordt gehanteerd: ‘bewijsmiddelen’. Schijn bedriegt evenwel. In de ontnemingsprocedure zijn voorschriften ter zake van de bewijskracht niet van toepassing (zie onder andere HR 9 september 1997, *NJ* 1998/90). Dat betekent dat de beperking die in artikel 344 lid 1, onder 5, Sv is aangebracht – ‘doch deze kunnen alleen gelden in verband met den inhoud van andere bewijsmiddelen’ – in ontnemingszaken mag worden genegeerd. De consequentie daarvan is, strikt genomen, dat artikel 511f Sv geen geweld wordt aangedaan wanneer de schatting van het voordeel uitsluitend zou berusten op het financieel rapport, zijnde een wettig bewijsmiddel in de zin van artikel 344 lid 1, onder 5, Sv.

3. Naast artikel 511f Sv zijn echter ook de bewijsmotiveringsvoorschriften van belang, die op grond van artikel 511e lid 1/511g lid 2 Sv overeenkomstige toepassing vinden in de ontnemingsprocedure. Relevant is dan vooral (de eerste volzin van) artikel 359 lid 3 Sv, waaruit voortvloeit – in de formulering die de Hoge Raad in de hier geannoteerde arresten bezigt – dat de uitspraak de bewijsmiddelen moet vermelden waaraan de schatting is ontleend met weergave van de inhoud daarvan, voor zover bevattende de voor die schatting redengevende feiten en omstandigheden (vgl. ook reeds HR 16 januari 1996, *NJ* 1997/405 en recent HR 8 oktober 2013, *ECLI:NL:HR:2013:895*). Strikt genomen staat dit niet eraan in de weg dat de rechter de schatting van het voordeel onderbouwt door uitsluitend (een deel van) de inhoud van het financieel rapport weer te geven. Dat rapport is immers een wettig bewijsmiddel en hetgeen daarin wordt besproken, is – wanneer de rechter zich kan vinden in de gepresenteerde berekening – redengevend voor de schatting. Maar dan bestaat wel het risico dat de rechter blindvaart op het financieel rapport. Cruciaal is immers of de inhoud van dat rapport steun vindt in de resultaten van het onderzoek en dus in de aan de berekening ten grondslag liggende stukken (vgl. ook A-G Knigge in onder-

deel 33 van zijn conclusie voor HR 13 juli 2010, *NJ* 2010/478). In hoeverre moet de rechter zich over die feitelijke grondslag uitlaten op het moment dat hij – geheel of grotendeels – tot dezelfde schatting van het voordeel komt als in het financieel rapport? Daarover laat de Hoge Raad zich uit in de hier geannoteerde uitspraken.

4. De Hoge Raad neemt in deze arresten tot uitgangspunt – zie rov. 3.3.3 in *NJ* 2013/544 – dat het financieel rapport dat zich doorgaans in het dossier bevindt, zo is ingericht ‘dat daarin onder verwijzing naar of samenvatting van aan de inhoud van andere wettige bewijsmiddelen ontleende gegevens gevolgtrekkingen worden gemaakt omtrent de verschillende posten die door de opsteller(s) van het rapport aan het totale wederrechtelijk verkregen voordeel ten grondslag worden gelegd.’ Ten aanzien van zo’n rapport geldt, zo vervolgt de Hoge Raad, dat ‘in beginsel’ geen rechtsregel eraan in de weg staat om de schatting van het voordeel uitsluitend op de inhoud daarvan te doen berusten. Aldus geeft de Hoge Raad reeds een voor de hand liggende, maar niettemin belangrijke invulling aan de in ontnemingszaken geldende motiveringsverplichting. Wanneer de rechter de schatting van het voordeel uitsluitend wil onderbouwen aan de hand van het financieel rapport, geldt als minimale eis – of anders gezegd: als noodzakelijke voorwaarde – dat in die rapportage duidelijk wordt verantwoord aan welke onderliggende stukken (bewijsmiddelen) de voor de berekening relevante feiten en omstandigheden zijn ontleend. Eerst dan is het voor de rechter mogelijk om de schatting van het voordeel te onderbouwen aan de hand van uitsluitend het financieel rapport, al kunnen daar – gelet op de woorden ‘in beginsel’ – soms nog nadere motiveringsvereisten bij komen kijken.

5. De Hoge Raad maakt bij de verdere uitwerking van de motiveringsverplichting van de rechter onderscheid tussen de situaties waarin ‘een in het financieel rapport gemaakt gevolgtrekking’ niet of juist wel voldoende wordt betwist. Die gevolgtrekking ziet daarbij op de stap die wordt gezet van bepaalde feiten en omstandigheden naar de schatting van het bedrag van het verkregen voordeel of van één van de posten waaruit de voordeeltberekening is opgebouwd (in de sfeer van met name opbrengsten en kosten). Wanneer er geen sprake is van (voldoende) betwisting, geldt dat de rechter bij de opgave van bewijsmiddelen kan volstaan met het vermelden van (het onderdeel van) het financieel rapport waaraan de schatting (in zoverre) wordt ontleend en het weergeven van de desbetreffende gevolgtrekking, mits aan twee voorwaarden wordt voldaan (rov. 3.3.5 in *NJ* 2013/544).

Allereerst – en dat vormt eigenlijk een herhaling van de reeds onder 4 besproken voorwaarde – moet de gevolgtrekking, zoals die in het financieel rapport wordt gemaakt, zijn ontleend aan de inhoud van één of meer wettige, voldoende nauwkeurig in dat rapport aangeduide bewijsmiddelen. Het moet dus duidelijk zijn waarop de opsteller van dat rapport (een onderdeel van) de berekening van het voordeel heeft gebaseerd. Dat betekent dat de beslissing van de rechter indirect ook op die bewijsmiddelen berust, zij het dat de rechter dat kortheidshalve met het vermelden van (een onderdeel van) het financieel rapport kenbaar kan maken. Niet toegelaten is bijvoorbeeld – zo blijkt uit *NJ* 2013, 547 – een ‘kale’ verwijzing naar twee geschriften waarin voordeeltberekeningen zijn opgenomen. De rechter had hier (ten minste) duidelijk moeten maken wat de voor zijn beslissing relevante en van verwijzingen naar onderliggende stukken voorziene onderdelen uit die geschriften zijn en de daarin gemaakte gevolgtrekkingen moeten weergeven.

De tweede voorwaarde is dat de rechter *vaststelt* dat een (onvoldoende gemotiveerde) betwisting ontbreekt. Die vaststelling dient expliciet en kenbaar te geschieden. De Hoge Raad lijkt nauwelijks bereid om zelf in cassatie vast te stellen – op grond van de in hoger beroep gehanteerde pleitnota en/of het proces-verbaal van het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep – dat die betwisting achterwege is gebleven. Zie *NJ* 2013/545 en *NJ* 2013/547; iets toeschietelijker is de Hoge Raad in *NJ* 2013/546, door in de overwegingen van het hof de vaststelling in te lezen dat een bepaald onderdeel van de voordeelsberekening niet is betwist. Dat de Hoge Raad zo streng is waar het gaat om de vaststelling dat een (toereikende) betwisting ontbreekt, is opmerkelijk, maar niet onbegrijpelijk. Meer dan in ‘gewone’ strafzaken mag de rechter in ontnemingszaken betekenis toekennen aan het ontbreken van tegenspraak van de zijde van de verdachte. De motivering van de ontnemingsuitspraak spitst zich dan ook toe op hetgeen het openbaar ministerie en de verdediging verdeeld houdt. Het is dan niet onredelijk om te verlangen dat de rechter zijn constatering dat tegenspraak heeft ontbroken, expliciteert. Maar het stellen van deze tweede voorwaarde is naar mijn mening ook weer niet strikt noodzakelijk, zolang maar gewaarborgd is – en daartoe strekt de hierna te bespreken rov. 3.3.6 in *NJ* 2013/544 – dat de rechter helder uitlegt waarom hij de in het financieel rapport neergelegde en verantwoorde berekening volgt, wanneer die berekening (met inbegrip van de feitelijke grondslag daarvan) door de verdachte wordt bestreden.

Eigenlijk is er nog een derde voorwaarde, die door de Hoge Raad niet wordt benoemd. Wellicht omdat het ook een nogal voor de hand liggende is: de rechter dient zich natuurlijk te kunnen verenigen met (het onderdeel van) de voordeelsberekening zoals hij deze aantreft in het financieel rapport. De rechter maakt hier als het ware die berekening tot de zijne. Dat geldt niet alleen voor de uitkomst van die berekening maar ook voor de feitelijke grondslag daarvan. De rechter dient derhalve na te gaan of de desbetreffende gevolgtrekking in het rapport voldoende wordt geborgd door de in het rapport genoemde onderliggende stukken. Van blindvaren op het financiële rapport mag vanzelfsprekend geen sprake zijn. Wat de Hoge Raad de rechter hier biedt, is vooral een mogelijkheid om de motivering van de ontnemingsuitspraak beknopt te houden. Als de rechter (een onderdeel van) de in het financieel rapport gepresenteerde en uitgewerkte berekening deugdelijk acht, behoeft niet alles nog een keer te worden uitgewerkt. Het lijkt daarbij te zijn toegelaten dat de rechter, waar nodig, met een aanvullende bewijsoverweging correcties en aanvullingen aanbrengt, bijvoorbeeld door een rekenfout te herstellen, een aanvullend stuk te vermelden of de verwijzingen in het financieel rapport specifieker te maken (vgl. HR 4 juni 2013, *ECLI:NL:HR:2013:BT6374*).

6. Indien er wel sprake is van een voldoende gemotiveerde betwisting, gelden er nadere motiveringseisen (rov. 3.3.6 in *NJ* 2013/544). Het gaat daarbij om de situatie waarin verweer is gevoerd tegen de – door de rechter overgenomen – gevolgtrekking in het financieel rapport en de daaraan ten grondslag liggende feiten en omstandigheden. De rechter zal dan moeten uitleggen op grond waarvan hij die gevolgtrekking toch aanvaardt, of beter gezegd: overneemt. De Hoge Raad laat daarop een niet eenvoudig te vatten volzin volgen: ‘Indien de rechter de aan het financieel rapport of aan andere wettige bewijsmiddelen ontleende feiten en omstandigheden, die hij bij zijn oordeel daaromtrent betreft en die redengevend zijn voor de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel, in de overwegingen (samengevat) weergeeft onder nauwkeurige vermelding van de vindplaatsen daarvan, is aan de uit art. 359, derde lid, Sv voortvloeiende verplichting voldaan.’

Wat staat hier nu eigenlijk? Niet aanstonds duidelijk is op welk oordeel de zinsnede ‘bij zijn oordeel daaromtrent’ ziet. Naar ik aanneem, doelt de Hoge Raad hier op het oordeel dat het verweer niet slaagt (en de rechter dus de in het financieel rapport vervatte gevolgtrekkingen aanvaardt). Kennelijk gaat het dan om de situatie waarin de rechter ter verwerping van dat verweer een beroep doet op aan het financieel rapport of aan de andere wettige bewijsmiddelen ontleende feiten en omstandigheden. Bijvoorbeeld wanneer de verdediging betoogt dat er slechts 100 gram cocaïne zou zijn verkocht, terwijl de rechter van oordeel is dat er een kilo is verkocht (met een daaraan gerelateerde opbrengst). De feiten en omstandigheden die van belang zijn voor de verwerping van het verweer, zijn dan tevens redengevend voor de schatting van het voordeel. Immers, met de vaststelling dat een kilo cocaïne is verkocht, is het verweer verworpen én de feitelijke grondslag voor de berekening van de verkoopopbrengst gegeven. De desbetreffende feiten en omstandigheden moet de rechter weergeven. Dat mag – zo overweegt de Hoge Raad – geschieden in samengevatte vorm, mits met nauwkeurige – consistentere zou zijn geweest: voldoende nauwkeurige – vermelding van de relevante vindplaatsen in het dossier. In dat geval is voldaan aan de uit artikel 359 lid 3 Sv voortvloeiende motiveringsverplichting.

Zie ik het goed, dan stelt de Hoge Raad hier eigenlijk een betrekkelijk eenvoudige – en ook logische – eis, namelijk dat de *feitelijke* grondslag voor de verwerping van het verweer helder dient te zijn. Opmerkelijk is dan toch dat de Hoge Raad hier refereert aan het *derde* lid van artikel 359 Sv, terwijl men – nu het hier gaat om de motivering van de verwerping van een verweer – wellicht eerder zou verwachten dat de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv centraal zou worden gesteld (die eveneens van overeenkomstige toepassing is in ontnemingszaken, vgl. HR 6 november 2007, *NJ* 2008/287). Daarvoor valt echter een verklaring te geven. De wijze waarop de Hoge Raad hier uitwerking geeft aan de motiveringsverplichting, doet namelijk sterk denken aan de eisen die gelden ten aanzien van de inkleding van de verwerping van een Meer-en-Vaart-verweer in ‘gewone’ strafzaken. Wanneer een verweer de strekking heeft dat er een ‘gat’ zit in de bewijsvoering, kan de rechter dat gat dichtten – en daarmee dat verweer verwerpen – door (nader) te benoemen welke feiten en omstandigheden redengevend zijn voor de bewezenverklaring. Die redengevende feiten en omstandigheden dienen voldoende nauwkeurig te worden aangeduid, waarbij moet worden aangegeven aan welk(e) bewijsmiddel(en) die feiten en omstandigheden worden ontleend (HR 23 oktober 2007, *NJ* 2008/70 m.nt. M.J. Borgers). In ontnemingszaken geldt, zo volgt uit de overwegingen van de Hoge Raad in de hier geannoteerde arresten, min of meer hetzelfde.

Voor ogen dient te worden gehouden – ook al zegt de Hoge Raad daar niets over – dat voor de verwerping van een verweer met de strekking dat er een ‘gat’ zit in de bewijsvoering niet altijd een beroep behoeft te worden gedaan op redengevende feiten en omstandigheden. Zo kan een Meer-en-Vaart-verweer ook worden gepasseerd omdat de rechter van oordeel is dat de door de verdachte aangedragen mogelijkheid die niet met de bewijsmiddelen maar wel met de bewezenverklaring onverenigbaar is, niet aannemelijk is geworden dan wel als ongeloofwaardig ter zijde moet worden gesteld. Verwerping van het verweer vergt dan geen verwijzing naar een bewijsmiddel (zie HR 16 maart 2010, *NJ* 2010/314 m.nt. Y. Buruma). Het komt mij voor dat iets dergelijks ook geldt in ontnemingszaken.

Voorts doen de overwegingen van de Hoge Raad in de hier geannoteerde arresten geen afbreuk aan de motiveringsverplichting van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv in ontnemingszaken. Wanneer er een verweer wordt gevoerd dat niet de strekking heeft van een ‘bewijsverweer’, maar een andersoortige strekking heeft, zal de rechter de verwerping dienen te motiveren, mits het verweer kwalifi-

ceert als uitdrukkelijk onderbouwd standpunt. Te denken valt dan aan (juridische) verweren die verband houden met het voordeelbegrip, de aftrekbaarheid van kosten of de hoofdelijkheid.

7. De uitwerking die de Hoge Raad in de hier geannoteerde arresten geeft aan de motiveringseisen in ontnemingszaken, oogt wellicht tamelijk complex. Het vergt enig gepuzzel om helder te krijgen wat de Hoge Raad nu precies verlangt van de feitenrechter. Zie ik het goed, dan wil de Hoge Raad vooral een praktische handreiking doen aan de feitenrechter, door zoveel mogelijk ruimte te bieden om de motivering te laten bestaan uit het overnemen van (onderdelen van) de in het financieel opgenomen voordeelsberekening. De rechter behoeft dan niet de relevante passages uit de onderliggende stukken over te nemen of anderszins weer te geven in zijn uitspraak, zolang maar duidelijk is welke onderliggende stukken – en welke daarin opgenomen feiten en omstandigheden – ten grondslag liggen aan die berekening. Daarmee kan de rechter de ontnemingsuitspraak (relatief) compact houden, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de eis dat de uitspraak transparant en controleerbaar moet zijn.

8. Tot slot. De Hoge Raad geeft aan met de hier besproken arresten de aan de motivering te stellen eisen te willen ‘verduidelijken’, omdat uit de (eerdere) jurisprudentie soms wordt afgeleid dat alle aan het financieel rapport ten grondslag liggende feiten en omstandigheden wél zouden moeten worden weergegeven in de uitspraak. Verduidelijken houdt in (aldus Van Dale): *het eerder gezegde* nog eens op een duidelijker wijze zeggen. Of daarvan hier sprake is, is voor betwisting vatbaar. Duidelijk was al wel dat de Hoge Raad de mogelijkheid had aanvaard van het met voldoende nauwkeurigheid verwijzen naar bewijsmiddelen waaraan feiten en omstandigheden worden ontleend waarop de schatting is gebaseerd (zie vooral HR 29 juni 2010, *NJ* 2010/407 waarin ook een verbinding wordt gelegd met het reeds genoemde arrest *NJ* 2008/70). Maar dat ook zou kunnen worden volstaan met een verwijzing naar het financieel rapport, mits daarin de vereiste bronvermeldingen zijn opgenomen, laat zich niet klip en klaar afleiden uit eerdere rechtspraak (zie o.a. HR 6 juli 2010, *ECLI:NL:HR:2010:BM5078*, HR 13 juli 2010, *NJ* 2010/478 en HR 22 november 2011, *ECLI:NL:HR:2011:BT6412*). Het meest in de buurt komt wellicht nog HR 27 september 2011, *NJ* 2011/453, maar daarin lijkt de Hoge Raad zich juist weer minder kritisch op te stellen – door genoeg te nemen met het opnemen van een passage uit het financieel rapport met daarin niet meer dan een onduidelijke en niet-specifieke verwijzing naar bijlagen – dan in de hier geannoteerde arresten. Kortom: er is niet (zozeer) sprake van verduidelijken, maar (veeleer) van nader uitwerken, aanscherpen en bijstellen. Waarom benoemt de Hoge Raad dat dan eigenlijk niet zo? Door van ‘verduidelijken’ te spreken wordt toch – gewild of ongewild – de suggestie gewekt dat de buitenwacht de eerdere rechtspraak niet goed begreep.